



Fonction Publique Hospitalière

## *Sélection des questions au secteur fédéral LDAJ Mai 2018*

Vous trouverez ci-dessous une sélection des questions qui sont parvenues au secteur fédéral LDAJ et les réponses apportées par les membres du secteur.

Les questions-réponses sont classées en deux parties : **secteur privé** (CCN66, CCN 51,...) et **fonction publique hospitalière**.

Pour rappel, le secteur LDAJ ne répond pas aux questions individuelles des salariés qui doivent solliciter en amont leur syndicat local, UL, USD ou UD.

En cas de difficultés, les syndicats ou USD peuvent envoyer leur question au secteur LDAJ à l'adresse mail suivante : [ldaj@sante.cgt.fr](mailto:ldaj@sante.cgt.fr)

Pour rappel, tous les anciens numéros « Questions-Réponses au secteur LDAJ », les numéros de la lettre d'information juridique fédérale ainsi que les veilles juridiques mensuelles de notre champ fédéral sont disponibles sur le site fédéral [www.sante.cgt.fr](http://www.sante.cgt.fr) dans la rubrique « vos droits ».

De même, des recueils et des fiches juridiques sont consultables sur le site fédéral :

- Recueil des textes : <http://www.sante.cgt.fr/Les-recueils-de-textes>
- Droit privé : <http://www.sante.cgt.fr/Page-juridique-Sante-privee>
- Sélection des textes dans la fonction publique hospitalière : <http://www.sante.cgt.fr/Recueil-des-textes-juridiques-dans-la-fonction-publique-hospitaliere>

Le secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action Sociale

**1) Un salarié en arrêt maladie peut-il remplir ses obligations de représentant du personnel ?**

**Oui.**

La suspension du contrat de travail, peu importe son origine professionnelle ou non, n'est pas un motif recevable pour justifier le refus de l'employeur de ne pas autoriser son salarié, représentant du personnel, à participer à des réunions d'instance représentative du personnel.

Néanmoins, l'employeur est en droit de refuser de payer les heures de délégations de son salarié, représentant du personnel, en arrêt de travail, si le médecin traitant ne l'a pas autorisé. ( Cass. ch mixte, 21 mars 2014, n°12-20.002 et 12-20.003).

**2) Est-ce qu'un salarié licencié pour faute lourde peut percevoir l'indemnité de congé payés ?**

**Oui.**

La décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016 du Conseil constitutionnel avait déjà indiqué que les dispositions du code du travail qui privaient les salariés licenciés pour faute lourde de cette indemnité portaient atteinte au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lorsque l'employeur est tenu d'adhérer à une caisse de congés et étaient contraires à la Constitution.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032149484>

Un récent arrêt de la Cour de cassation (Cass. Soc. N°16-26013 du 28 mars 2018) a rappelé ce principe au sujet du licenciement d'un salarié pour faute lourde, en indiquant qu'il ne pouvait pas être débouté du versement de l'indemnité compensatrice de congés payés.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00036780086&fastReqlId=111400050&fastPos=1>

**3) Quelle sont les différences entre la résiliation unilatérale du contrat de travail par un salarié et la prise d'acte ?**

Il convient dans un premier temps de préciser que la résiliation unilatérale du contrat de travail par un employeur est interdite, sauf dans le cadre d'un apprentissage, en cas de faute grave ou d'inaptitude de l'apprenti (cf L.6222-18 CT).

La résiliation unilatérale du contrat de travail par un salarié consiste pour lui à rompre ledit contrat en invoquant, sur la base de l'article 1217 (ancien article 1184) du Code civil, le fait que l'employeur n'a pas satisfait à son engagement, qu'il a manqué à ses obligations contractuelles essentielles notamment.

La prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié est le fait pour ce dernier de quitter l'entreprise en imputant à l'employeur la charge de cette rupture, ce qui est également le plus souvent motivé par le non-respect des obligations contractuelles.

Cependant, la différence majeure entre ces deux modes de rupture est que dans le cas de la prise d'acte, le salarié quitte son poste alors qu'en ce qui concerne la résiliation judiciaire, il reste en poste jusqu'à la décision judiciaire.

Par ailleurs, dans les deux cas, si le juge estime que les motifs de la rupture sont justifiés, celle-ci vaudra licenciement sans cause réelle et sérieuse ou nul dans le cas des salariés protégés. En revanche, s'il estime que la rupture n'est pas justifiée, la prise d'acte du salarié sera considérée comme une démission et il perdra en plus ses droits à indemnités de rupture et au chômage – sachant que toute demande de réintégration est interdite. En ce qui concerne la résiliation, le contrat de travail lui perdure.

En outre, la procédure accélérée n'est possible que dans le cas de la prise d'acte. La résiliation judiciaire elle nécessite l'application de la procédure classique et donc, plus longue, d'autant que si l'employeur demande et obtient l'autorisation de licenciement dans l'intervalle, le juge judiciaire ne peut plus alors se prononcer sur la demande de résiliation.

#### **4) Quels sont les critères pour qu'un établissement privé soit obligé de respecter les mêmes règles qu'un établissement public en cas de grève ?**

Le droit de grève est notamment reconnu par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, lequel a valeur constitutionnelle et dispose que « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

Dans le secteur privé, un mouvement de grève peut être déclenché à tout moment. Les salariés qui veulent utiliser leur droit de grève n'ont pas à respecter de préavis, contrairement à ceux du secteur public (cf L.2512-2 CT).

En ce sens, il n'est pas non plus possible de réquisitionner le personnel du secteur privé, quand bien même il s'agirait d'organiser un service minimum.

**TOUTEFOIS**, selon l'article L.2512-1 du Code du travail, « *les dispositions du présent chapitre s'appliquent :*

1° *Aux personnels de l'Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ;*

2° *Aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont **chargés de la gestion d'un service public** ».*

Le préavis et le service minimum entre autres sont donc obligatoires dans les entreprises chargées de la gestion d'un service public.

Ces règles particulières s'appliquent notamment aux entreprises chargées d'un service public de transport de personnes ou encore les établissements privés sanitaires, sociaux et médico-sociaux assurant une mission de service public. La question doit donc être réglée au cas par cas.

#### **DEFINITION DU SERVICE PUBLIC :**

= Activité d'intérêt général assurée par une personne publique et soumise à des règles exorbitantes du droit commun (droit public) en principe.

Précisons qu'une personne privée peut également gérer un service public si ces 3 critères sont remplis :

- la mission est d'intérêt général
- la personne privée dispose de prérogatives de puissance publique OU d'un certain degré de dépendance apprécié par le juge (*critère plus souple*)
- la personne privée fait l'objet d'un contrôle par les pouvoirs publics

La gestion d'un service public concerne la gestion faite par une autorité publique ou déléguée à une personne publique ou privée et les missions de service public sont des missions d'intérêt général effectuée par un organisme privé.

Il convient tout de même de préciser que selon la Circulaire n°82-3 du 15 février 1982 relative à l'exercice du droit de grève dans les établissements sociaux et médico-sociaux privés (dite Circulaire Questiaux) :

*« Le recours à toute décision unilatérale ou à l'exercice d'une contrainte quelconque sur les salariés doit être exclu pour la mise en place d'un service de sécurité. [...]*

*L'autorité préfectorale ne dispose d'aucun pouvoir de réquisition sur les personnels en cas de conflits dans un établissement même lorsqu'il s'agit d'organiser un service minimum. [...]*

*Dans le cadre de son pouvoir d'organisation et de réglementation au sein de l'établissement, le responsable de l'établissement peut prendre des mesures pour assurer la sécurité en cas de nécessité, mais ce pouvoir ne peut aller jusqu'à interdire de façon préventive par voie de dispositions générales et permanentes le droit de grève à certaines catégories de personnel. En ultime recours, il peut cependant saisir le juge des référés.*

*L'autorité administrative conserve, cependant, sous le contrôle du juge, la possibilité de prononcer, en application de l'article 14 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975, la fermeture, totale ou partielle, provisoire ou définitive, d'un établissement, "lorsque la santé, la sécurité ou le bien-être physique des usagers se trouvent menacés ou compromis par les conditions de fonctionnement de l'établissement » article 96 et 210 du Code de la Famille et de l'Aide sociale).*

*De plus, cette procédure doit rester tout à fait exceptionnelle et que l'autorité susceptible d'y recourir doit préalablement consulter l'ensemble des parties. »*

Il est aussi indiqué que : *« La procédure la plus adéquate pour la mise en place et la définition des conditions de fonctionnement du service de sécurité paraît être celle de la négociation collective. Il convient, en effet, d'utiliser tous les moyens de négociation nécessaires pour obtenir l'accord des organisations syndicales représentatives au plan national, présentes dans l'établissement afin qu'un service soit assuré avec l'accord des personnels. Il semble d'ailleurs souhaitable que cette négociation soit menée dans chaque établissement préalablement à d'éventuels conflits du travail ».*

Ainsi, **dans les établissements du secteur social et médico-social**, les préavis, réquisitions ou autres mesures appliquées au secteur public sont interdites ; **On applique le principe et ces établissements sont considérés comme appartenant tout simplement au secteur privé.**

La seule exception est la fermeture d'un établissement prononcée éventuellement par l'autorité administrative au cas où la santé, la sécurité ou le bien-être physique des usagers se trouvent menacés ou compromis par le fonctionnement dudit établissement.

**NB** : Il est possible de contester une réquisition au moyen d'un référé-liberté devant la juridiction administrative.

Il conviendra alors de prouver l'existence (*cf L.521-2 Code de justice administrative*) d'une :

- urgence (la demande doit être formulée le plus rapidement possible pour prouver qu'il s'agit véritablement d'une urgence, généralement dans les 48 heures)
- atteinte grave et manifestement illégale [...]
- [...] à une liberté fondamentale (droit de grève ici)

## Fonction publique hospitalière

### **1) Est-ce qu'une administration peut demander à un agent de rendre des heures de travail au motif qu'il n'aurait pas effectué assez d'heures l'année précédente ?**

**Non.** Cette disposition n'est pas réglementaire car, à défaut, cela aurait pour effet, pour les agents, de leur faire dépasser le plafond des OAT - obligations annuelles de travail - de 1607 heures prévues dans l'article 1 du Décret 2002-9 qui prévoit que :

*"Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1 607 heures maximum, sans préjudice des heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées. Cette durée est réduite pour les agents soumis à des sujétions spécifiques dans les conditions prévues aux articles 2 à 4 ".*

Cette durée annuelle de travail est réduite à 1582 heures, hors jours de congés supplémentaires pour les agents en repos variable et à 1476 heures, hors jours de congés supplémentaires pour les agents travaillant exclusivement de nuit.

Ainsi, chaque 31 décembre à minuit, les compteurs OAT des agents sont remis à zéro.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000398298>

Cette erreur a été commise par l'administration et les agents ne peuvent pas travailler au-delà des leurs obligations annuelles.

**Ce principe est applicable de la même manière pour les salariés du secteur privé.**

### **2) Après un conseil de discipline, la décision administrative inflige une sanction de révocation à un agent alors qu'il y avait un partage égal des voix entre 2 sanctions : une exclusion temporaire de 3 mois dont 2 mois avec sursis et une révocation. Quels sont les recours possibles ?**

**Dans ce cas précis, il existe deux types de recours possibles.**

S'il est noté dans la décision administrative le partage égal des voix entre 2 sanctions : une exclusion temporaire de 3 mois dont 2 mois avec sursis (sanction du 3ème groupe) et une révocation (sanction de 4ème groupe), on peut en déduire qu'il n'y a pas eu un vote avec une majorité des membres présents exprimée par le Conseil de discipline.

En effet, l'article 53 du Décret 2003-655 sur les CAP prévoit qu'en matière disciplinaire, il faut impérativement un vote à la majorité des membres présents. Cette disposition est reprise dans l'article 9 du Décret n°89-822 du 7 novembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire dans la FPH.

En clair, si dans la CAP compétente siégeant en conseil de discipline, il y a 3 représentants de l'administration et 3 représentants du personnel, la majorité des voix des membres présents est fixée à 4 voix (3 + 1) pour valider une sanction. **A défaut, il n'y a pas de majorité.**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005634787#LEGISCTA000006105390>

De plus, l'article 84 de la Loi 86-33 prévoit que les fonctionnaires qui ont fait l'objet d'une sanction des deuxième, troisième et quatrième groupe peuvent introduire un recours auprès du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière **lorsque l'autorité investie du pouvoir disciplinaire a prononcé une sanction plus sévère que celle proposée par le conseil de discipline.**

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=0428CE79CE36BB3ABAC84E E3B2482B5E.tplgfr30s\\_3?idArticle=LEGIARTI000006695999&cidTexte=LEGITEXT000006068965&dateTexte=20180312](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=0428CE79CE36BB3ABAC84E E3B2482B5E.tplgfr30s_3?idArticle=LEGIARTI000006695999&cidTexte=LEGITEXT000006068965&dateTexte=20180312)

**Ainsi, au vu de la situation, l'agent dispose des deux possibilités de recours indépendants :**

1) saisir la commission de recours du Conseil Supérieur de la FPH dans le délai d'un mois suivant la date à laquelle le fonctionnaire a reçu notification de la décision de sanction.

2) contester la régularité et la proportionnalité de la sanction administrative devant le TA sous forme de référé suspension au vu des incidences de la révocation sur la situation financière de l'agent. Il est fortement conseillé le recours à un avocat de droit public pour défendre l'agent.

Ci-dessous les liens vers un article et le recueil fédéral sur la discipline dans la FPH :

<http://www.sante.cgt.fr/La-discipline-dans-la-fonction>

<http://www.sante.cgt.fr/Conseil-de-discipline>

Dans l'attente, le droit aux allocations chômage est ouvert pour l'agent car il remplit les conditions de perte involontaire d'emploi. Vous pouvez aussi contacter votre USD pour vous aider dans vos démarches.

***3) Quelles sont les règles de reprise d'ancienneté d'un agent nommé dans la fonction publique hospitalière et plus précisément pour un psychologue contractuel ?***

Les modalités et le calcul de la reprise d'ancienneté sont généralement fixés dans les décrets des statuts particuliers de chaque corps et grades de la fonction publique hospitalière.

Dans le cas d'un psychologue nommé dans la fonction publique hospitalière, il faut se référer à l'article 10 du Décret n°91-129 du 31 janvier 1991 portant statut particulier des psychologues de la fonction publique hospitalière.

Cet article prévoit que **les fonctionnaires régis par le présent décret qui, antérieurement à leur recrutement, ont été employés et rémunérés en qualité de fonctionnaire ou d'agent public dans un établissement de soins public** ou dans un établissement social ou médico-social public, ou en qualité de salarié dans un établissement de soins privé ou dans un établissement social ou médico-social privé, ou dans un laboratoire d'analyses de biologie

médicale ou un cabinet de radiologie, dans des fonctions correspondant à celles dans lesquelles ils sont nommés, **bénéficient, lors de leur nomination dans un emploi, d'une reprise d'ancienneté égale à la totalité de la durée des services** visés ci-dessus, **sous réserve qu'ils justifient qu'ils possédaient les titres, diplômes ou autorisations exigés pour l'exercice desdites fonctions antérieures.** La demande de reprise d'ancienneté, accompagnée de toutes les pièces justificatives, devra être présentée dans un délai de six mois à compter de la nomination.

Donc, dans le cas d'un psychologue possédant le titre ou le diplôme exigé, c'est la totalité du temps qui doit être prise en compte dans la reprise d'ancienneté.

Dans ce calcul, aucune disposition légale ou réglementaire ne lie la quotité de travail et le calcul de la reprise d'ancienneté en prévoyant que celle-ci devrait être appréciée en équivalent temps plein. **Donc, cela s'applique de la même manière pour les agents contractuels à temps complet ou non complet.**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000344098&categorieLien=cid#LEGISCTA000006104396>

#### **4) Est-ce légal de geler la notation administrative d'une agente qui a été absente pour un congé maternité ?**

**Non.** Le défenseur des droits avait publié une décision le 24 mai 2016 en rappelant le cadre juridique en matière de notation ainsi que l'interdiction de toute pratique discriminatoire liée au sexe, à la maternité et à la grossesse.

Le Défenseur des droits avait demandé au ministère de la santé :

- De faire cesser ces pratiques discriminatoires du gel de la notation dans tous les établissements de la FPH qui y ont recours
- De réexaminer les situations individuelles des agents qui en ont été victimes
- Rappeler par voie de circulaire aux CAP et aux commissions consultatives paritaires qu'il leur appartient, le cas échéant, de définir les modalités de réexamen des situations des agents dont les notes chiffrées ont été gelées pour des motifs discriminatoires.
- De sanctionner les responsables de ces établissements qui persistent à appliquer ce système de notation.

Une note d'information de la DGOS du 6 juin 2017 avait clairement indiqué l'interdiction du gel de note pour les agents en congé maternité.

[http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/06/cir\\_42317.pdf](http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/06/cir_42317.pdf)

Un article sur ce sujet est disponible sur le site fédéral :

<http://www.sante.cgt.fr/Le-Defenseur-des-droits-demande-l>

Ce sujet doit être débattu localement dans toutes les instances : CTE, CAP et CHSCT pour faire cesser ces pratiques discriminatoires.

**5) Est-il possible de demander l'attribution de la NBI prévue par un décret aux régisseurs de la fonction publique territoriale à un agent de la fonction publique hospitalière ?**

**Non. Cela n'est pas réglementaire.**

Un décret prévoyant le versement de la NBI ne s'applique que pour les agents de la fonction publique pour lequel il est en vigueur et non pas pour les 2 autres versants.

Ainsi, un décret de la FPT ne s'applique par pour la FPH.

A ma connaissance, si les agents remplissent la conditions dans la filière administrative, je ne vois que le 5° de l'article 1 du Décret n°97-120 du 5 février 1997 portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels de la fonction publique hospitalière ne prévoit que le versement d'une NBI 10 ou 25 point pour : les agents nommés dans un des corps autres que la catégorie A et appartenant à la "filiale administrative", qui sont affectés à titre principal dans un service de "consultation externe", en contact direct avec le public, chargés d'établir les formalités administratives et/ou financières d'encaissement nécessaires à la prise en charge des soins dispensés aux patients : 10 points majorés ; ce nombre de points est porté à 25 pour les adjoints des cadres hospitaliers encadrant au moins cinq personnes.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000198047>

Un recueil spécifique sur la NBI est disponible sur le site fédéral :

<http://www.sante.cgt.fr/La-nouvelle-bonification>

**Mai 2018 - Secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action sociale**